

Conditions de validité
de
la clause d'exclusivité d'approvisionnement
imposée
par les brasseurs aux débitants

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 16 décembre 1933 à 14 heures 30

PAR

HENRI FORTIER

MEMBRES DU JURY :

PRÉSIDENT : M. VOIRIN, *professeur.*

ASSESSEURS : MM. { LESCOT, *professeur.*
 { SIMONNET, *professeur.*

IMPRIMERIE BERGER-LEVRAULT

NANCY-PARIS-STRASBOURG

1933

Conditions de validité
de
la clause d'exclusivité d'approvisionnement
imposée
par les brasseurs aux débitants

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 16 décembre 1933 à 14 heures 30

PAR

HENRI FORTIER

MEMBRES DU JURY :

PRÉSIDENT : M. VOIRIN, *professeur.*

ASSESSEURS : MM. { LESCOT, *professeur.*
SIMONNET, *professeur.*

IMPRIMERIE BERGER-LEVRAULT

NANCY - PARIS - STRASBOURG

1933

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. SENN (*, **, (Q I).

Doyens honoraires :

MM. GÉNY (O *, (Q I).

MICHON (*, (Q I).

Professeurs honoraires :

MM. MAY (*, (Q I).

CARRÉ DE MALBERG (*, (Q I).

ROLLAND ((Q I).

MOREL ((Q I).

Maître de Conférences honoraire : M. MÉLIN ((Q I), docteur en Droit.

MM. GÉNY (O *, (Q I), professeur de Droit civil.

MICHON (*, (Q I), professeur de Droit romain.

BROCARD (*, (Q I), professeur d'Économie politique.

SENN (*, **, (Q I), professeur de Droit romain.

RENARD ((Q I), professeur de Droit public, en congé.

HENRY ((Q I), professeur de Droit criminel.

LAVERGNE ((Q I), professeur d'Économie politique et d'Histoire des Doctrines économiques, chargé de cours à la Faculté de Droit de Lille.

KRELL ((Q I), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUEL ((Q I), professeur de Droit international public et privé.

LESCOT ((Q I), professeur de Droit commercial.

SIMONNET ((Q I), professeur de Droit civil.

VOIRIN (*, (Q A), professeur de Droit civil.

TROTABAS (*), professeur de Droit administratif et de Législation financière.

F. DE MENTHON, professeur d'Économie politique.

MARCHAL, docteur en Droit, chargé de cours.

BURDEAU, docteur en Droit, chargé de cours.

BERTRAND ((Q I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières des candidats.



A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA FEMME

GAGE DE MON INDÉFECTIBLE AFFECTION



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Le développement du machinisme qui s'est produit au cours du XIX^e siècle, et qui s'est accentué avec une intensité accrue par suite de la guerre mondiale, a eu pour conséquence de multiplier à l'excès les entreprises commerciales et industrielles. Parallèlement, et comme conséquence de ce mouvement, la valeur des meubles et notamment des valeurs mobilières prenait une place considérable dans la composition des fortunes, alors que corrélativement les immeubles perdaient leur prépondérance. L'abondance des capitaux mobiliers, l'expansion des émissions de valeurs mobilières et leur afflux encourageaient la création de nouvelles entreprises.

Aussi, vit-on apparaître une féodalité renaissante dans le plan économique et financier, sous la forme des Sociétés anonymes, qui vont commander, dominer tous ceux qui gravitent autour d'elles. Ces sociétés se développent du reste avec une désastreuse rapidité, ainsi qu'en témoignent les événements actuels (M. VOIRIN : « La composition des fortunes modernes au point de vue juridique ». *Revue générale du Droit*, 1930, p. 102-110).

Ces Sociétés anonymes se sont emparées des différents domaines économiques de production, aussi bien sur le terrain national que sur le terrain international et, par suite des accords qu'elles passent entre elles,

acquièrent une puissance considérable d'où apparaît cette féodalité renaissante dans le plan économique et financier

Elles vont produire à l'infini, sans nul souci des capacités d'absorption possible, elles en seront même félicitées par de pompeux éloges adressés à leurs dirigeants.

Mais bientôt, devant ce développement irraisonné, les industriels devront chercher des débouchés pour l'écoulement des produits qu'ils fabriquent.

Ce sera pour eux une de leurs principales occupations.

C'est ainsi que les brasseurs ont trouvé deux procédés fort ingénieux pour obliger un débitant déterminé à s'approvisionner de bière uniquement chez un brasseur déterminé.

* *
* *

Les brasseurs du Nord s'assurent la location des immeubles servant à l'exploitation de débit de boissons, en surenchérissant sur le loyer en cours. Puis ils les sous-louent au locataire débitant qui s'y trouve déjà et qui sera, dès ce moment, livré à leurs exigences.

En effet, le débitant du Nord, dont la maison vient d'être louée ou achetée par un brasseur, est placé, à la fin du bail, devant deux alternatives : ou accepter les conditions de son bailleur aussi dures soient-elles pour sauvegarder son fonds, ou perdre son fonds en les refusant.

Le débitant du Nord, tout en étant propriétaire du fonds, doit signer un bail à son brasseur, locataire principal, bail dans lequel il est stipulé qu'il doit acheter toutes les marchandises qui alimentent le

débit chez son bailleur et pendant toute la durée du bail.

Les brasseries du Nord, non contentes d'aliéner la liberté commerciale de leurs locataires, les dépouillent encore de leur fonds de commerce en s'emparant de la licence. Le brasseur, locataire principal, insère dans le bail, une clause stipulant que le débitant doit, en cas de départ, pour quelque cause que ce soit, abandonner l'élément principal du fonds — la licence — au bailleur, qui est le brasseur. Le débitant, en cas de résiliation de bail, ne peut donc plus transférer son débit.

Par suite du vote de la loi sur la protection commerciale, les brasseurs imposent, au moment du renouvellement du bail, une convention par laquelle la propriété du fonds de commerce leur est reconnue, quoique, dans presque tous les cas, le fonds ait été acquis des deniers personnels du débitant, de sorte qu'il arrive qu'à l'expiration du bail, le locataire est dans l'impossibilité absolue de transférer son débit, de se débarrasser de la tutelle du brasseur.

A Arras, plus de 90 % des débitants ont été obligés de signer ces conventions.

Voici les principales conditions insérées dans ces conventions (1) :

MODÈLE

(1) Ces conventions sont extraites du *Bulletin de la Confédération nationale des débitants de boissons, hôteliers, limonadiers et restaurateurs de France*, d'octobre 1929.

PREMIER MODÈLE

M..., brasseur, agissant pour son compte personnel et comme propriétaire de la maison désignée ci-après et pour le compte de.....

Et M.....

ont fait, convenu et arrêté entre eux ce qui suit :

M..... a présentement consenti à bail pour..... ans au profit de M..... qui accepte :

1^o Une maison à usage de débit de boissons hygiéniques, alcooliques et autres, généralement quelconques, située.....

2^o Le fonds de commerce attaché à cet établissement, clientèle, achalandage, pas de porte et l'enseigne.

Aucune enseigne nouvelle ne peut être placée sans l'autorisation écrite de M..... qui, au départ des locataires ou à l'expiration du bail, aura seul le droit de propriété sur cette enseigne.

Les preneurs, dont le seul droit est de tirer un profit personnel de l'exploitation du fonds de commerce, de l'achalandage et clientèle dont l'estaminet est déjà pourvu, reconnaissent que, quoi qu'il arrive, ils ne pourront jamais, soit au cours du bail, soit en fin d'occupation, formuler vis-à-vis de M..... aucune réclamation au sujet du fonds de commerce, clientèle et achalandage qui seront attachés à l'établissement et resteront toujours la propriété exclusive de M...

Il reste entendu que, quel que soit le propriétaire du mobilier servant à l'exploitation du débit, le fonds de commerce restera toujours attaché à la maison, qui est accordé à bail à preneur....., ainsi que cet immeuble se trouve et comporte, sans en rien excepter ni résér-

ver et aussi sans que sa destination commerciale puisse en être changée.

Pour M..... en jouir à titre de locataire pendant l'espace avant dit, sous les charges et conditions ordinaires et de droit, et notamment celles suivantes que M..... promet et s'oblige de respecter, exécuter et accomplir fidèlement, à peine de résiliation des présentes et de tous dépens, dommages-intérêts, outre celles particulières qui seront plus loin indiquées :

1^o De ne pouvoir céder le droit au présent bail, ni sous-louer la maison qui en forme l'objet, sans le consentement écrit des bailleurs et de laisser sans interruption aucune, l'estaminet toujours ouvert à la clientèle en l'exploitant et le faisant valoir par eux-mêmes et non par d'autres personnes pour eux ; enfin, de remettre à M..... ou ayants cause, exclusivement à la sortie des lieux, la licence payée par eux pour débiter des boissons, et ce, sans pouvoir rien réclamer à M..... ou à ses substitués.

2^o De ne pouvoir davantage, à la sortie de ladite maison, reprendre ou ouvrir à n'importe quel titre, un autre débit de boissons, que ce soit café, estaminet ou cabaret, que ce soit bar ou simplement comptoir quelconque de vente au détail de liquides, dans un périmètre de six cents mètres sans le consentement écrit de M....., s'interdisant sur l'honneur et sous les peines édictées plus loin, le droit de louer, soit même d'acheter toute maison dans le périmètre ci-dessus mentionné propre à y faire commerce de boissons.

Enfin, et dans le cas où serait installé après le bail un autre fonds de commerce que celui appartenant à M....., les locataires ne pourront jamais occuper la maison présentement louée ou achetée à quelque titre

que ce soit, qu'à la condition de ne prendre leurs bières, spiritueux et vins que dans les maisons que leur désignera M.... ou ayants cause, et ce, pendant l'espace de dix années, les soussignés seront tenus d'imposer à leurs successeurs les mêmes obligations que ci-dessus, jusqu'à l'expiration du délai prévu.

Conditions particulières.

Aussi, sous peine de résiliation immédiate du bail, lequel n'aurait pas été accordé par les bailleurs sans cela, et de tous les dépens, dommages-intérêts et notamment une amende de cinq cents francs par infraction, s'oblige à ne se fournir et approvisionner de toutes les bières, eaux-de-vie, vins et liqueurs, et toutes boissons généralement quelconques qu'ils pourront avoir à consommer personnellement et principalement celles à débiter à la clientèle que dans la brasserie ou dans toutes les maisons, caves et magasins que leur indiquera M... ou ses successeurs et tous autres ayants cause, lesquelles marchandises devront toujours et pendant toute la durée du bail, être de bonne qualité, aux prix ordinaires de chacun d'eux, à payer selon l'usage au comptant; de son côté, en ce qui concerne les fournisseurs dont elle se porte fort au besoin, promet et s'engage, pour le cas où les marchandises fournies laisseraient à désirer, à les changer et remplacer aussitôt qu'elle en aura connaissance, pourvu que la mauvaise qualité reprochée ne provienne pas du fait des locataires et ne soit imputable au manque de soins que ces derniers devront toujours y apporter. La vente du cidre est interdite.

Enfin, il est conditionnellement stipulé que, pour

s'assurer de l'observance et de la complète exécution de l'obligation prise par les locataires envers M.... au sujet des marchandises à consommer et à débiter dans la maison, susrenseignée, les locataires s'engagent à permettre en tout temps à M....., ses ayants cause ou à son mandataire, la visite de l'immeuble et de ses dépendances avec toutes facultés de faire dresser constat par ministère d'huissier sur simple ordonnance et sur minute, même avant enregistrement.

En cas d'infractions relevées par ministère d'huissier, M..... aura la faculté, dans l'acte qui sera dressé par cet officier ministériel, d'exiger la résiliation immédiate et de plein droit du présent bail, sans préjudice des amendes ci-dessus indiquées.

M..... se réserve seul le droit de résilier le présent bail sans aucune indemnité, moyennant prévenir trois mois seulement à l'avance : 1^o en cas de décès de l'un des époux ; 2^o de séparation de corps et de biens.

DEUXIÈME MODÈLE

D'autres formules sont usitées. Voici les principales clauses de l'une d'elles :

Il s'interdira également de reprendre, d'ouvrir ou de gérer, à l'expiration du présent contrat, un autre débit de boissons ou établissement similaire dans un autre commerce de ce genre, soit directement, soit indirectement, dans un rayon de deux cents mètres et pendant un délai de cinq années à partir de son départ sous peine de dommages-intérêts fixés de gré à gré et à forfait à la somme de mille francs.

Comme condition essentielle du présent contrat et pen-

dant toute sa durée, M..... s'engage et s'oblige à prendre à tels brasseurs ou maison de commerce que le bailleur, successeur ou ayants droit lui désigneront, toutes les bières et boissons généralement quelconques nécessaires tant à l'exploitation dudit fonds qu'à sa consommation personnelle et de famille.

*
* *

Dans l'Est, les brasseurs n'ont pas cherché, en général, à se substituer au propriétaire de l'immeuble par une location principale; ils se transforment plutôt en banquiers qu'en propriétaires.

A ceux qui veulent acquérir un fonds de commerce, agrandir ou embellir celui qu'ils possèdent, ils consentent des prêts d'argent qui constituent d'abord pour eux une *opération financière fructueuse* et insèrent dans l'acte une clause d'abonnement.

En effet, le taux de l'intérêt est très élevé et, d'autre part, ils exigent toujours des sûretés considérables qui les mettent à l'abri de toute catastrophe (subrogation dans l'inscription de privilège du vendeur, premier nantissement, caution, etc...).

Ces sûretés les garantissent tellement bien qu'elles sont parfois une source de profits et que même la faillite de l'emprunteur est profitable aux brasseurs. Dans ce cas, soit en vertu de leur subrogation dans l'inscription de privilège du vendeur, soit en vertu de leur nantissement, ils enchérissent lors de l'adjudication jusqu'à concurrence de la somme qui leur est due; si le fonds est complètement tombé, ils l'ont sans bourse délier. Dans ce cas, ils mettent un gérant dans ce café; puis, dès qu'il est remonté, ils le reven-

dent pour le montant ou plus des sommes qu'ils avaient avancées.

Ajoutons tout de suite, qu'ils ne manquent jamais de faire insérer dans le cahier des charges la clause d'approvisionnement qui avait tué le premier emprunteur, comme ils l'imposeront à l'acheteur qui aura eu le tort de se croire plus fort que son prédécesseur. C'est ainsi que certains fonds se revendent plusieurs fois dans la même année, sans que le brasseur y perde quoi que ce soit, sinon il est bien certain que depuis longtemps il aurait abandonné cette pratique.

Certains débitants n'ont donc pas hésité à aliéner leur liberté commerciale pour obtenir soit la cession d'un comptoir, soit certaines réparations dans leur débit. En échange, ils ont signé une convention du type suivant :

ENTRE LES SOUSSIGNÉS :

La Brasserie de..... au nom de laquelle agit M....., son administrateur-délégué, autorisé, et M. et M^{me}..., son épouse assistée et autorisée par lui, habitant ensemble où ils exploitent le fonds de café connu sous le nom de..... ;

Il a été exposé et convenu ce qui suit :

M. et M^{me}..... ont l'intention de faire remettre en état la salle de leur café. A cet effet, ils demandent à la Brasserie..... de bien vouloir participer aux dépenses qu'entraînera cette remise en état, en faisant valoir, pour obtenir cet avantage, qu'ils s'engagent à réserver à la-dite Brasserie l'exclusivité de leurs commandes pour les produits dont cette dernière fait commerce, pendant une durée de dix années.

En égard à cet engagement dont la stricte exécution

est considérée par les parties comme formant la condition essentielle et sans laquelle la Brasserie..... n'aurait pas donné suite à la demande de M. et M^{me}....., les parties ont arrêté les conventions ci-dessous, que chacune d'elles s'engagent à exécuter et à accomplir, savoir :

1^o La Brasserie..... s'engage à participer dans les dépenses occasionnées par les travaux envisagés par M. et M^{me}..... jusqu'à concurrence de..... deux mille francs et verse ce jour à cet effet à M. et M^{me}....., ce qu'ils reconnaissent, en bonnes espèces, une somme de deux mille francs.

2^o Comme condition formelle de ce versement, de 2.000 francs par la Brasserie de....., M. et M^{me} s'obligent solidairement et conjointement entre eux, à approvisionner exclusivement auprès de la Brasserie..... en bières, glace, acide carbonique, etc..., et en tous produits quelconques vendus par cette Société, le café qu'ils exploitent actuellement — et tous autres établissements qu'ils pourraient exploiter sur la place de..... pendant une durée de dix années entières et consécutives à dater de ce jour.

3^o Il est expressément convenu que M. et M^{me}....., en cas de vente de leur fonds de café avant l'expiration de la durée pour laquelle le présent engagement est contracté, devront faire prendre par écrit à leur successeur, l'engagement de remplir les conditions imposées par le présent contrat et cet engagement de leur successeur devra être parvenu à la Brasserie..... au plus tard le jour de la signature de l'acte de vente.

4^o Au cas où M. et M^{me}..... dérogeraient à l'exclusivité d'achat des produits vendus par la Brasserie..... et à l'engagement d'imposer à leurs successeurs les obligations du présent contrat, et en cas de cessation

de commerce avant l'expiration de la durée pour laquelle est prévu le présent engagement, M. et M^{me}..... s'engagent à rembourser entre les mains de M..... la somme de deux mille francs versée par la Brasserie..... pour l'exécution des travaux envisagés ainsi que les intérêts de cette somme calculés au taux de 8 % nets par an ; la dérogation à l'une ou l'autre de ces clauses assurant de plein droit le remboursement par M. et M^{me}..... de la somme de 2.000 francs versée par la Brasserie..... sans qu'il soit nécessaire de la demander en justice.

Actuellement, les brasseries n'usent plus de la clause d'approvisionnement dans l'acte, qui selon elles, le motive. Elles font signer une convention spéciale, particulière dans laquelle elle tentent d'indiquer un mode de fixation de prix qui reste en réalité soumis uniquement à leur entière et souveraine décision.

En échange du service rendu par la Brasserie à M. et M^{me}....., ces derniers s'engagent formellement, tant pour eux que pour tous successeurs, héritiers ou ayants droit, à ne vendre et débiter dans toute l'étendue de l'établissement faisant l'objet des présentes, que des bières provenant ou procurées par la Brasserie de..... à l'exclusion de toutes autres, et ce, pendant la durée du bail qui sera établi, sous peine de remboursement immédiat des sommes pouvant rester dues, des intérêts, frais et accessoires, et de tous dommages-intérêts qui pourraient être demandés pour inexécution de la présente clause.

La durée de l'engagement ne pourra être réduite sous aucun prétexte, même en cas d'obtention de dommages-intérêts ou de remboursement anticipé, ledit engagement étant de rigueur, et formant la condition implicite et

déterminante du prêt, qui sans elle n'aurait pas eu lieu. Les bières fournies seront de bonne qualité et facturées au prix du cours pratiqué par ladite brasserie sur la place de..... aux clients de même importance, de même catégorie pour des bières de même qualité.

*
* *

La Confédération nationale des débitants de boissons, hôteliers, limonadiers et restaurateurs de France s'est émue de ces procédés et a déposé le projet de loi suivant, visant plus particulièrement la convention imposée par les Brasseries du Nord :

Toute convention entre bailleur et locataire, étrangère au bail, contenu dans le bail ou non, portant notamment sur l'obligation de s'approvisionner chez le bailleur ou à toute personne désignée par lui, en fournitures et marchandises, est nulle de plein droit. Cette nullité est d'ordre public, comme contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

*
* *

Par ces clauses d'exclusivité d'approvisionnement, le brasseur interdit au cafetier, dès le jour du contrat, de s'approvisionner chez un autre marchand que le stipulant lui-même.

Cette interdiction de s'approvisionner chez qui que ce soit, autre que le stipulant, crée immédiatement, à la charge de l'obligé, une obligation de ne pas faire qui pèse sur lui dès le jour du contrat.

C'est la portée négative de la clause. Or, l'on peut se demander si cette obligation de ne pas faire constitue une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Cependant, la clause d'exclusivité d'approvisionnement se sépare des autres clauses de non-concurrence en ce qu'elle n'est que relative. Elle laisse à l'activité contractuelle de son souscripteur un champ restreint. Comme l'écrit M. Voirin (note *D. P.* 1931, 1-41), « elle canalise intégralement cette activité vers un producteur déterminé, et, par là, lui communique dans l'unique direction qui lui soit ouverte, une intensité particulière ». C'est d'ailleurs le *but essentiel* et la raison d'être de la clause; elle porte ainsi en elle un principe *actif* qui la distingue des autres clauses de non-concurrence. On ne peut donc pas négliger cet aspect. Mais, en envisageant la clause à ce point de vue, comment la qualifier juridiquement? Question délicate, mais qu'il faut nécessairement résoudre pour achever de préciser les conditions de validité de la clause.

Notre travail a pour but d'étudier objectivement les conditions de validité de cette clause d'exclusivité d'approvisionnement.

Suivant les observations qui précèdent, dans un chapitre I, nous examinerons les conditions relatives à la portée négative de la clause.

Dans un chapitre II, qui comprendra trois sections, nous examinerons les conditions relatives à sa portée positive.

La première section aura pour but d'établir qu'elle se classe parmi les avant-contrats.

Dans la deuxième section, nous montrerons qu'elle constitue une promesse unilatérale de vente.

Et dans la troisième section, nous dégagerons les éléments essentiels exigés par la loi pour la validité des promesses de vente, et que, par conséquent, la clause d'exclusivité d'approvisionnement doit contenir pour être valable.

CHAPITRE I

CONDITIONS RELATIVES

A LA PORTÉE NÉGATIVE DE LA CLAUSE D'EXCLUSIVITÉ

D'APPROVISIONNEMENT

La jurisprudence assimile la clause de non-concurrence à celle d'exclusivité d'approvisionnement; en conséquence, elle déclare que cette dernière clause est parfaitement licite et valable, lorsqu'elle est limitée au temps et à l'espace.

ARRÊT DE LA COUR D'APPEL DE NANCY, 2^e CHAMBRE,
DU 30 DÉCEMBRE 1930 (1)

La Cour,

Attendu qu'en contre-partie d'un prêt de 60.000 francs que leur ont consenti les Brasseries de....., les époux..... par convention en date du se sont engagés à se fournir exclusivement auprès desdites Brasseries de..... de toutes les bières débitées par eux au buffet de la gare de..... dont ils avaient obtenu la gérance et ce, pendant toute la durée de cette gérance et au minimum pendant cinq années;

Qu'en cas d'infraction à cet engagement, ils s'obligeaient à payer auxdites brasseries, à titre d'indemnité, une somme de 10 francs par hectolitre pris ailleurs ;

Que deux ans plus tard, le 19 août 1927, les mêmes

(1) *Recueil de jurisprudence, Dijon-Nancy, 1931, p. 102.*

époux..... ont également pris l'engagement, aux mêmes conditions, de prendre auprès des mêmes brasseries, les siphons, sodas et limonades, et ce, à raison d'un autre service qui leur avait été rendu par ces dernières (achat pour leur compte d'un comptoir roulant, au prix de 4.786 francs);

Attendu que les époux..... n'ayant pas tenu l'engagement pris par eux et s'étant approvisionnés en bières, siphons, sodas et limonades auprès de la Brasserie de..... avant l'expiration du délai convenu, les Brasseries de..... les ont assignés en exécution des conventions intervenues, en paiement de la somme de 10 francs par hectolitre de bière pris ailleurs, et celle de 20.000 francs, à titre de dommages-intérêts..... ;

Attendu qu'ainsi la Cour l'a déjà à maintes reprises décidé pour les contrats de même nature, les conventions prérappelées passées entre les époux..... et les Brasseries..... formant la loi des parties, sont licites et valables ;

Qu'elles ne contiennent, en effet, rien qui soit contraire à la liberté du commerce, puisque l'obligation de fourniture de bières et autres boissons qu'elles comportent, est limitée quant au temps et à l'espace; au temps, parce qu'elle ne doit durer que tant que les époux..... géreront le buffet de la gare de..... et que cette durée n'est pas illimitée à l'espace, puisqu'elle n'a d'effet qu'en ce qui concerne la gérance de cet établissement et cessera, sauf minimum de temps prévu, lorsque les époux..... quitteront cette gérance.....

(Jugement du Tribunal de Commerce de Nancy du 17 décembre 1928) (1).

(1) *Gazette du Palais*, 1931, 1-663.

Attendu que par acte sous seings privés en date du 10 avril 1926, la Brasserie de..... consentait aux époux..... exploitant un café situé à..... un prêt d'une somme de 70.000 francs avec intérêts au taux de 9 %, remboursables au moyen de paiements mensuels de 1.250 francs pour le premier avoir lieu le 1^{er} février 1927 ; qu'en considération du service rendu, les époux..... s'engageaient à ne vendre dans leur établissement aucune autre bière que celle provenant de la Brasserie..... pendant tout le temps qu'ils exploiteraient ou feraient exploiter pour leur compte l'établissement ci-dessus indiqué ; qu'il était spécifié que c'était là une condition essentielle du prêt sans laquelle il n'aurait pas eu lieu ;

.

Attendu, en fait, que le contrat du 10 août 1926, qui, en compensation du service rendu, mettait à la charge des époux.... l'obligation de se fournir à la Brasserie pendant tout le temps qu'ils exploiteraient ou feraient exploiter leur établissement, spécifiant que c'était là une condition essentielle du contrat sans laquelle il n'aurait pas eu lieu, n'a rien d'illicite ni de contraire à la liberté du commerce, puisque limitée quant au temps ;

.

Par ces motifs :

Dit et juge que dans les huit jours qui suivront la signification du jugement, sous une astreinte prononcée à titre de dommages-intérêts définitifs de 100 francs par jour de retard pendant un mois, après quoi il sera à nouveau fait droit, les époux..... seront tenus de reprendre et continuer sans désenparer à se fournir

exclusivement de bières à la Brasserie de..... pour alimenter l'établissement qu'ils exploitent à..... ;

Et pour le préjudice causé à ce jour, condamne les époux..... à payer à la Brasserie pour les causes sus-énoncées, la somme de 5.000 francs à titre de dommages-intérêts avec les intérêts de droit.

La Cour d'appel de Nancy ayant confirmé ce jugement par arrêt en date du 7 janvier 1930, les époux..... formèrent un pourvoi et firent plaider devant la Cour de cassation la violation du principe de la liberté du travail, du commerce et de l'industrie, mais la Chambre des requêtes, par arrêt en date du 17 février 1931 (1), rejeta le pourvoi, motif pris de ce que « *la convention litigieuse ne renferme aucune interdiction générale et absolue, qu'en effet elle spécifie que cette obligation d'exclusivité d'approvisionnement est limitée au temps pendant lequel les époux exploiteront le fonds de commerce ou le feront exploiter pour leur compte* ».

La jurisprudence applique donc le critère dégagé en ce qui concerne la clause de non-concurrence dans les ventes de fonds de commerce, clause qui a été autrefois fort discutée, mais qui est actuellement considérée comme valable ou nulle, suivant qu'elle porte une interdiction de se rétablir absolue ou relative dans l'espace et dans le temps. L'arrêt, rendu sur ce point par la Chambre civile de la Cour de cassation le 26 mars 1928, est d'autant plus important qu'il a prononcé une cassation et a donné une formule aussi nette que précise.

(1) Req. 17 février 1931, *D. P.*, 1931, 1-41.

Attendu que la liberté du travail, du commerce peut être valablement restreinte par les conventions des parties « pourvu que ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue », c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant aux lieux et que la restriction demeure licite lorsqu'elle est perpétuelle, mais limitée à un endroit déterminé, comme aussi lorsque, s'étendant à tous les lieux, elle ne doit être observée que pendant un certain temps (D. P. 1930, 1-147).

Mais il n'est pas certain que cette assimilation des deux clauses de non-concurrence et d'exclusivité d'approvisionnement soit justifiée.

La liberté du commerce, du travail et de l'industrie, qui est d'ordre public, est une liberté absolue et inaliénable, l'individu ne peut y renoncer, et des conventions particulières ne peuvent que la restreindre, la limiter, mais non l'anéantir. De sorte que, s'il est loisible à toute personne capable de s'obliger, de consentir en ce qui la concerne à une certaine limitation des droits qu'elle tient de la loi, il ne saurait être permis à quiconque de contracter des engagements qui seraient par rapport à l'obligé, la négation même de la liberté du travail (Déclarations des droits de l'homme et du citoyen, 22 août 1789).

Appliqué aux renonciations consenties par un commerçant ou un industriel, accessoirement à la vente d'un fonds de commerce, ce principe se traduit par la formule ci-dessus rappelée de la Cour de cassation qui ne soutient ces restrictions qu'autant qu'elles n'impliquent pas une interdiction générale et absolue, et qu'elles sont limitées dans le temps ou dans l'espace. (Cass. 2 juillet 1900, D. P. 1901, 1-294; 14 mars 1904, D. P. 1904, 1-613; rep. 8 novembre 1904, D. P.

1906, 1-489 ; Civ. 15 juin 1922, *D. P.* 1925, 1-213.)

Doit donc être considérée comme nulle la convention par laquelle le vendeur d'un fonds de commerce s'interdirait *d'une façon absolue*, illimitée quant au temps et quant au lieu d'exercer un commerce. La convention étant nulle, le vendeur n'est plus tenu que de s'abstenir de tous actes susceptibles d'être considérés, d'après le droit commun, comme des actes de concurrence déloyale (Civ. 9 février et 11 mai 1898, *D. P.* 1903, 1-605 ; 14 mars 1904 précité ; 15 juin 1922 précité ; Paris, 3 novembre 1898, *Gaz. des Tribunaux* du 2 décembre 1898, *Dall. rep. pratique*, v^o Fonds de commerce, n^{os} 101 et suiv.).

Est également nul, l'engagement pris par un commerçant de se fournir exclusivement chez tel fabricant dans les conditions telles qu'il en résulte pour le premier une véritable servitude, incompatible avec la liberté du commerce (Nancy, 21 octobre 1895, *D. P.* 96, 2-180 ; Douai, 1^{er} avril 1911, *Rec. de Douai*, 1911, 300).

D'ailleurs, pratiquement, le commerçant ou l'industriel est un homme qui a fait souvent un long apprentissage, qui a acquis dans une profession une habileté, une expérience professionnelle qui sont spéciales à la branche du commerce dans laquelle il est spécialisé. Lui interdire, d'une manière générale, d'exercer en tout temps et en n'importe quel lieu un commerce similaire équivaldrait souvent pour lui, à une interdiction de gagner sa vie. C'est pourquoi la jurisprudence a restreint d'elle-même la portée de la clause générale et déclare que l'interdiction de se rétablir pendant une durée illimitée et en quelque

endroit que ce soit, est illicite, le vendeur ne pouvant être privé de ses moyens d'existence.

Ainsi la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à considérer comme nulles toutes les conventions tendant non point à limiter la liberté de l'un des contractants, mais à anéantir en sa personne, dans l'intérêt de l'autre partie, la liberté de l'industrie que lui garantissent les lois (PIC, *Traité de législation industrielle*, 6^e édition, 1931. N^{os} 256 et suiv., *Dall. rep. pratique*, v^o Industrie et Commerce, n^{os} 285 et suiv.; et Louage d'ouvrage et d'industrie, n^o 114).

*
* *

La clause de non-concurrence s'exécute par elle-même, du jour du contrat, puisqu'elle implique une simple abstention; tandis qu'une clause d'exclusivité d'approvisionnement ne jouera à l'égard de la partie obligée que du jour où celle-ci s'approvisionnera en fait chez le stipulant. C'est là son aspect positif, mais elle a aussi un aspect négatif : *dès le jour du contrat, elle lui interdit de s'approvisionner chez un autre marchand que le stipulant lui-même. A ce point de vue, elle est générale et absolue*, même si, sous son aspect positif, on peut la considérer comme simplement provisoire et relative. (M. DEMONTÈS : « Clause d'exclusivité d'approvisionnement : nature, validité, effets », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1932, p. 5 à 11.)

Sous son aspect positif, la clause ne crée aucune obligation immédiate à la charge de l'obligé puisqu'il lui est toujours loisible de ne plus vendre les boissons qui font l'objet de l'engagement, et de changer la

nature même de son commerce. Il ne s'engage qu'à une chose : c'est à s'approvisionner désormais chez le stipulant. Mais cela ne vise que l'avenir et non le présent et dès l'instant que l'exécution de la convention est subordonnée à un événement qu'il est en son pouvoir de faire arriver, l'on pourrait soutenir qu'il ne naît à sa charge qu'une obligation purement potestative, donc nulle juridiquement.

Par contre, envisagée sous son aspect négatif, — défense à l'obligé de s'approvisionner chez qui que ce soit, autre que le stipulant, — la clause crée immédiatement à sa charge une obligation de ne pas faire qui pèse sur lui dès le jour du contrat.

Or, cette obligation de ne pas faire est une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Elle lui porte la même atteinte que lui portait la clause de non-concurrence et doit être contenue dans les mêmes limites.

Elle devra donc être limitée dans le temps ou dans l'espace.

* *
* *

La clause peut interdire au cafetier d'approvisionner un *fonds de commerce déterminé*, chez n'importe quel marchand du monde entier autre que le stipulant.

Il est bien certain que, dans ce cas, elle se trouve limitée dans l'espace, puisqu'elle ne frappe qu'un *fonds de commerce déterminé*, le cafetier restant toujours libre d'exploiter un autre fonds et d'y vendre ce qu'il voudra.

Il y a, en effet, *localisation* de la restriction apportée à l'activité contractuelle de l'assujetti.

C'est, du reste, le cas qui a été soumis à la Cour de cassation (Arrêt Ch. req. 17 fév. 1931, précité, p. 22). Aussi ne comprenons-nous pas que M. Demontès, annotant cet arrêt dans la *Revue critique* (1932, p. 5), ait pu soutenir qu'il y avait, en l'espèce, défaut de localisation. Certes, comme le dit cet auteur, c'est chez tous les producteurs du monde qu'il est interdit au cafetier de s'approvisionner. Encore faut-il faire exception pour l'un d'eux, pour le brasseur au profit duquel la clause est souscrite; de sorte que, même à ce point de vue, l'interdiction ne serait jamais illimitée dans l'espace. Mais est-ce bien ainsi qu'il faut poser la question? L'activité commerciale d'un individu s'exerce relativement à l'exploitation d'un fonds. Si donc la restriction à cette activité ne concerne qu'un fonds déterminé, elle est localisée dans l'espace; sinon, si elle s'applique à tout fonds quelconque susceptible d'être exploité par l'assujetti, elle est illimitée dans l'espace (1).

S'ensuit-il que, dans cette dernière hypothèse, la clause soit nécessairement nulle? Non pas, car si le cafetier est alors tenu, partout où il ouvrirait ou exploiterait un débit, de s'approvisionner uniquement chez un brasseur déterminé, si, par conséquent, la restriction apportée à son activité commerciale est illimitée dans l'espace, elle peut être, en revanche, limitée dans le temps.

(1) En tous cas, il ne faut pas s'attacher au lieu de la formation des différents contrats d'achat de bière, nécessaires à l'exploitation du fonds. Peu importe, au point de vue de la localisation de la restriction à l'activité commerciale du cafetier, qu'ils soient réputés conclus chez le brasseur ou chez le cafetier. Ce qui importe, c'est le *siège* de l'activité contractuelle envisagée.

Il se rencontre, en effet, des clauses d'exclusivité d'approvisionnement dont l'application est prévue, soit pour une durée déterminée, soit pendant le temps que le débitant exploitera le fonds de commerce à approvisionner.

Cet engagement est pris à compter du 1^{er} février 1923, pour une durée de vingt-quatre ans consécutifs (1).

En considération de ce prêt, M. et M^{me}....., tant qu'ils seront propriétaires du fonds de commerce, et tant qu'ils seront locataires du local dans lequel s'exploite ledit fonds et à titre de reconnaissance, s'obligent à prendre à L..... ou à ses successeurs, tous les vins, spiritueux, bières, dont ils auront besoin (2).

Selon quels principes faut-il rechercher si ces limitations sont valables et de nature à limiter suffisamment la clause dans le temps, pour lui donner une existence juridique.

La clause d'exclusivité d'approvisionnement n'engage pas la personne, mais le patrimoine. De sorte que l'on ne saurait prétendre lui appliquer par analogie l'article 1780 du Code civil, et soutenir que la convention qui aurait indirectement pour but de lier durant toute sa vie celui qui engage ses services est prohibée.

La notion de temps, prise au sens de durée, et envisagée dans une convention engageant, non plus la personne, mais le patrimoine, ne répond plus aux mêmes exigences. La protection due à la personne humaine ne saurait être comparée à celle qui est due au

(1) Clause extraite d'un arrêt non publié rendu par la Cour d'appel de Nancy le 14 juin 1927.

(2) Clause extraite d'un arrêt non publié rendu par la Cour d'appel de Nancy le 25 mars 1930.

patrimoine de l'individu. En effet, d'une part, il y a lieu de protéger les libertés individuelles en interdisant des restrictions qui pourraient aller jusqu'à les annihiler, alors que, d'autre part, il y a lieu de protéger le patrimoine par des moyens capables d'en garantir sa stabilité et sa consistance.

C'est ainsi que pour protéger le patrimoine, les engagements de longue durée sont valables, et que l'on peut notamment conclure un bail pour une durée de 99 ans (Note de M. VOIRIN, *D. P.* 1930, 1-13). La notion juridique de perpétuité est, du reste, très relative, puisque les obligations perpétuelles attachées au patrimoine sont appelées tôt ou tard à disparaître; ne fût-ce que par l'éventualité de la destruction de la chose objet des conventions.

De sorte que rien ne s'opposerait à ce que la clause d'exclusivité d'approvisionnement soit souscrite pour une durée de 99 ans, tout en étant limitée dans le temps.

Les clauses qui prévoient une application pour une durée ferme de x années, ou pendant la durée du bail ou de l'exploitation du fonds de commerce, sont donc limitées dans le temps et ne sauraient, à notre avis, être considérées comme portant une atteinte illicite à la liberté du commerce ou de l'industrie.

CHAPITRE II

CONDITIONS DE VALIDITÉ

RELATIVES A LA PORTÉE POSITIVE (OU ACTIVE)

DE LA CLAUSE D'EXCLUSIVITÉ D'APPROVISIONNEMENT

SECTION I

**La clause d'exclusivité d'approvisionnement
se situe parmi les avant-contrats**

Après avoir analysé la clause d'exclusivité d'approvisionnement en une clause de non-concurrence, la jurisprudence considère généralement :

1^o Que l'obligation édictée par cette clause est contractée *intuitu personæ* (Nancy, 7 juin 1928, *Rec. de Nancy*, 1928, p. 45), qu'elle constitue un engagement personnel à raison des services rendus et qu'elle est indépendante des ventes de boissons qui en sont la conséquence;

2^o Qu'elle ne saurait être considérée comme une promesse d'achat de la part des débitants;

3^o Et que, dès lors, il est indifférent pour sa validité qu'elle ne fixe pas le prix des boissons dont la fourniture a été stipulée (Nancy, 2^e Ch., 30 déc. 1930, *Rec. de Nancy*, 1930, p. 102).

Cependant, par suite d'une contradiction bizarre, la Cour de Rouen, par arrêt en date du 28 novembre 1925 (1), a jugé « que l'engagement pris par l'acquéreur d'un fonds de commerce envers le vendeur, de ne pas exploiter pendant un temps et dans un rayon déterminé, une branche commerciale voisine, est opposable au sous-acquéreur du fonds parce que cet engagement constitue non une obligation personnelle à la charge de l'acquéreur, mais *un droit réel* qui grève le fonds, se transmet avec lui et s'exerce à l'égard de tous ses exploitants successifs ».

Un arrêt de la Cour de Nancy du 2 novembre 1925 (2) a également déclaré « que l'obligation de ne vendre que des bières provenant d'une brasserie déterminée *est attachée à l'établissement*, même en vue duquel cette brasserie a consenti une avance de fonds sous la condition d'exclusivité à son profit de la fourniture de bière; que cette obligation en conséquence s'impose avec toutes ses charges aux acquéreurs et preneurs successifs de l'établissement ».

L'arrêt de la Cour de Rouen, crée un droit réel mobilier jusqu'alors inconnu, et la Cour de Nancy une nouvelle servitude.

* *
* *

La création de la Cour de Rouen et celle de la Cour de Nancy un peu moins osée, mais procédant de la même idée, sont-elles à retenir?

Est-il besoin tout d'abord de mettre en relief ce qu'a d'étrange à première vue la conception d'un droit

(1) SIREY. 1925, 2-125.

(2) Arrêt non publié.

réel ainsi compris, qui, étant établi sur un fonds de commerce, grèverait un meuble incorporel?

Cette création d'un nouveau *droit réel sui generis* paraît anormale. En effet, la liste des droits réels a été établie d'une façon limitative par le législateur lui-même sans que les particuliers aient le droit de s'en créer de nouveaux. (En ce sens, DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. 9, p. 515 et s.; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. 2, § 172, texte et note 1, 3; Ambroise COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, 4^e éd., t. 1, p. 103; L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., t. 2, n^o 1724.)

Nous rejetons aussi l'idée d'un droit réel *sui generis* distinct d'une servitude.

En effet, il ne nous paraît pas possible de déclarer une charge « droit réel mobilier *sui generis* » en vue d'obtenir les effets des servitudes en échappant à leur sévère réglementation.

De sorte que, pratiquement, le droit réel dont il est parlé dans l'arrêt de la Cour de Rouen ne pourrait être qu'une servitude, hypothèse envisagée par la Cour de Nancy.

Ici encore, les rédacteurs du Code civil ont imposé des conditions fort strictes à la constitution des servitudes.

Aux termes de l'article 686 du Code civil, la servitude ne peut être imposée ni à une personne ni en faveur d'une personne, mais seulement à *un fonds et pour un fonds*, c'est-à-dire dans la pensée évidente et incontestée du législateur, à *un immeuble* et au profit d'un immeuble.

Conformément à cette règle formelle, les cours d'appel ont très justement décidé que l'interdiction d'ex-

traire des cendres ou des pierres de taille, imposée en vue d'éviter au stipulant la concurrence qui aurait pu lui être faite dans l'exploitation de son industrie, ne constituait pas une servitude, mais bien une obligation personnelle au promettant et ne passant pas d'office à son ayant cause particulier (Amiens, 19 février 1851, *D. P.* 51, 2-109 maintenu par Req. 8 juillet 1851, *D. P.* 51, 1-188; Grenoble, 27 déc. 1888), *Journ. des cours de Grenoble et de Chambéry*, 1899-180).

La Cour de cassation a fait application de la même idée dans une espèce où la Compagnie des Chemins de fer de l'Ouest, en vendant un terrain destiné à la construction et à l'exploitation d'un hôtel, s'était engagée à imposer aux acquéreurs éventuels des parcelles contiguës dont elle demeurerait propriétaire, l'interdiction d'y établir un commerce similaire. Par jugement du 11 décembre 1902, le Tribunal civil de Mantes décida que ladite clause d'interdiction avait fait naître un simple « droit de créance au profit du fonds de commerce, et pour éviter la concurrence ». Ce droit, précisait le jugement, « ne saurait être considéré comme une servitude, un fonds de commerce n'étant pas un meuble ». Ce jugement ayant été confirmé par la Cour de Paris, l'arrêt rendu par celle-ci fut maintenu le 27 novembre 1907 par la Chambre civile de la Cour de cassation, *D. P.* 1-908, 1-460.

Or, si la jurisprudence décide qu'une charge de non-concurrence imposée à un immeuble ne constitue pas une servitude, parce qu'elle est établie au profit d'un fonds de commerce et non pas d'un immeuble, à plus forte raison d'une façon encore plus certaine, l'idée de servitude doit être radicalement écartée

quand les sujets actif et passif de l'obligation de non-concurrence sont deux fonds de commerce, ou, plus exactement leur titulaire, puisque les prétendus fonds servant et dominant seraient deux meubles incorporels. Et vainement, soutiendrait-on que la charge est bien imposée à un fonds, et pour un fonds, car il serait certainement contraire à la volonté du législateur de comprendre les fonds de commerce parmi les « fonds » dont parlent les articles 637 et 638 du Code civil, en entendant, par là, des fonds de terre bâtis ou non.

Cette jurisprudence est, du reste, restée isolée et heureusement n'a pas été suivie. Il a été jugé par contre « que l'obligation imposée à l'acheteur d'un terrain de conserver toujours à l'état d'estaminet la maison à construire sur ce terrain et de prendre exclusivement la bière qui y sera consommée chez le vendeur ou chez les personnes indiquées par ce dernier, est une servitude perpétuelle créée sur un fonds au profit de personnes au mépris de l'article 686 du Code civil et qu'une telle clause doit être réputée nulle et que l'acheteur n'est pas tenu de s'y conformer ». (Art. 686 du Code civil.)

Il faut donc rejeter l'idée que la clause d'exclusivité d'approvisionnement crée un droit réel mobilier sur un fonds de commerce ou constitue une servitude sur celui-ci.

Du reste, la jurisprudence paraît avoir abandonné complètement cette façon de voir puisqu'elle décide actuellement que lorsque le vendeur qui a souscrit une clause d'exclusivité d'approvisionnement et ne l'a pas imposée à son acquéreur, celui-ci ne saurait être contraint judiciairement de s'y conformer, aucun

lien de droit n'existant entre lui et le bénéficiaire de la convention.

*
* *

A ce jour, la jurisprudence n'a pas analysé suffisamment en droit la clause d'exclusivité d'approvisionnement pour en dégager la nature juridique.

Ainsi que nous l'avons exposé en tête de ce chapitre, la plupart des arrêts se contentent de déclarer qu'elle ne saurait être considérée comme une promesse d'achat de la part des débitants et qu'elle constitue un engagement personnel à raison des services rendus et sont indépendantes des ventes de boissons qui en sont la conséquence.

Ce raisonnement, à notre avis, est loin de justifier la valeur juridique de cette clause. Il n'est pas certain du reste que la jurisprudence ne partage pas nos craintes, car cherchant tout de même une autre justification à ces décisions, elle a cru la trouver dans les articles 1108 et 1134 du Code civil et déclare « *que lorsqu'un débitant de boissons s'est engagé en considération du prêt qui lui a été consenti par un fabricant de bières, à s'approvisionner exclusivement auprès de ce dernier pendant une période de temps déterminée, il n'en résulte pas que ledit engagement bien que disproportionné avec le service rendu, constitue, par ce seul fait d'insuffisance de contre-partie, une convention susceptible d'être annulée, alors que librement contracté, il doit être tenu et respecté par celle des parties qui s'y est assujettie conformément aux articles 1108 et 1134 du Code civil.* » (Nancy, 9 février 1929) (1).

(1) Arrêt non publié.

Cette deuxième argumentation ne résout pas la question qui reste intacte, puisqu'elle ne dégage pas la qualification juridique de la clause d'exclusivité d'approvisionnement permettant de vérifier si tous les éléments essentiels requis pour la validité des contrats de sa catégorie se trouvent réunis.

Le Tribunal de commerce de Tourcoing, appelé à connaître de la validité de cette clause, a le mérite de lui avoir précisé cette qualification que nous n'approuvons pas, mais que l'on peut au moins discuter, puisqu'enfin nous nous trouvons pour la première fois devant une argumentation précise.

JUGEMENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE TOURCOING
du 8 décembre 1931 (1).

Attendu que suivant bail sous seings privés en date à Tourcoing du 1^{er} février 1929, enregistré, la Société..... a loué à..... moyennant un loyer de 1.200 francs, une maison à usage d'estaminet, sise à....., qu'aux termes de l'article 14 des conditions de ce bail, M..... s'est engagé à se fournir de toute la bière nécessaire pour son débit ou pour sa consommation personnelle dans la brasserie désignée par la Société..... et de se servir de vins, cidres, bières, liqueurs et spiritueux là où les bailleurs lui indiqueront;

Attendu que la Société..... déclare que si M..... a jusqu'à présent respecté la clause en ce qui concerne la bière, il se refuse depuis quelque temps à l'observer pour ce qui est des vins, liqueurs et spiritueux, que malgré plusieurs réclamations M..... s'obstine à ne pas exécuter son engagement, et que, d'ailleurs, lors d'un

(1) Jugement non publié.

constat dressé par l'huissier....., le 15 juillet 1931, la dame..... interpellée a déclaré : « que son mari et elle avaient repris l'estaminet libre pour les liqueurs et qu'ils s'approvisionnaient où bon leur semblait et au mieux de leurs intérêts »;

Attendu qu'en conséquence, la Société demande que le bail dont s'agit soit résilié aux torts de M..... et que celui-ci soit condamné à lui payer à titre provisionnel une somme de 2.000 francs de dommages-intérêts, sous réserves de préjudice définitif qui sera établi par cet état.

.....
Attendu en droit qu'en raison de la jurisprudence actuelle, M..... ne prétend pas que cette clause soit contraire à la liberté du commerce;

Attendu que se basant cependant sur une doctrine récente (voir D. P. 1931, 1-41, note sous arrêt), M..... prétend que la clause dont il est fait état, n'est pas par sa nature juridique, ni une promesse unilatérale de vente corrélatrice à la promesse de non-concurrence consentie par lui;

Attendu qu'il en déduit que cette promesse unilatérale de vente n'étant assortie d'aucune indication de prix, condition essentielle de sa validité, est nulle et entraîne la nullité de la clause dont s'agit;

Attendu que l'auteur de la note prétend que cette clause ne constitue pas une promesse unilatérale d'achat de la part du cafetier parce qu'elle n'implique aucun engagement ferme d'achat de la part du cafetier, qu'il peut en effet ne pas acheter en abandonnant son commerce, parce qu'il n'y a pas de détermination de l'importance des achats envisagés, encore parce que le cafetier est juridiquement libre de développer ou de restreindre

son exploitation commerciale et que d'ailleurs son chiffre d'affaires dépend de facteurs étrangers à sa volonté ;

Attendu que la promesse de vente comme la promesse d'achat participe de la même nature juridique et sont soumises aux mêmes conditions ;

Attendu que les arguments soutenus pour démontrer qu'il n'y a pas promesse unilatérale d'achat peuvent être soutenus a contrario pour démontrer qu'il n'y a pas de promesse de vente ; qu'en effet, la clause litigieuse n'implique aucun engagement ferme de vendre, que le brasseur peut évidemment ne pas vendre en renonçant à se prévaloir de cette clause, qu'au surplus il n'y a pas davantage détermination de l'importance des ventes envisagées et que ces ventes sont soumises à des facteurs qui ne dépendent pas de la volonté du brasseur ;

Attendu d'ailleurs que le défaut d'indication de prix, loin de pouvoir être considéré comme une clause de nullité d'une pareille clause apparaît comme une preuve que cette clause ne constitue pas une promesse de vente implicite ; qu'on ne voit pas en effet la possibilité dans une clause d'exclusivité d'approvisionnement de fixer un prix pour plusieurs années et pour des marchandises de cours extrêmement variables suivant les qualités et suivant les périodes ;

Attendu enfin qu'une promesse de vente consentie pour une durée déterminée est définitive pour le promettant, si elle est acceptée par l'autre partie, qu'en l'espèce s'il y avait promesse de vente tacite, il ne peut faire de doute qu'elle soit acceptée par l'engagement expressément consenti du cafetier, ou encore par les demandes successives d'achats qu'il pourrait faire, que cependant il n'est pas moins certain que malgré cette acceptation le brasseur n'en reste pas moins libre de ne

pas exécuter cette prétendue promesse, en renonçant au bénéfice de cette clause, et en autorisant le cafetier à se fournir là où il voudra.

Attendu qu'il apparaît bien plutôt que cette clause qui est une obligation de faire, constitue une véritable promesse d'achat conditionnelle de la part du cafetier, qu'en effet celui-ci s'engage pour le cas où il achèterait, à acheter à une personne au profit de laquelle il s'est engagé ; qu'il y est tenu pour la durée fixée sans pouvoir s'en dégager, sous peine de dommages-intérêts et que si les prix ne sont pas fixés expressément, ils sont néanmoins tacitement basés sur ceux de la concurrence, qu'à ce point de vue on pourrait encore dire que cette clause constitue un pacte de préférence.

.
.

L'argumentation juridique développée dans ce jugement, tend à établir que la clause d'exclusivité d'approvisionnement s'analyse en un pacte de préférence ou une promesse d'achat. Mais nous ne pensons pas que cette qualification soit à retenir.

* *
* *

Le contrat est un acte complexe, résultant du concours de deux volontés différentes sur un même objet : l'une précède toujours l'autre, ne fût-ce que d'un instant de pensée et le contrat est conclu par l'adhésion donnée à la proposition antérieurement faire.

Mais quand elles ne sont séparées que par un intervalle infime, comme le « tope-là », par lequel les payans concluent leurs marchés, il n'y a pas d'intérêt à les distinguer.

Lorsqu'au contraire les volontés des deux parties sont émises à plusieurs heures ou à plusieurs jours d'intervalle, ou en des lieux différents, de nombreuses questions se posent quant au temps et au lieu de la conclusion du contrat, aux effets de l'offre émise par l'une des parties avant acceptation de l'autre, à l'efficacité de ces déclarations de volonté, tant qu'elles ne sont pas parvenues à celui qu'elles visent.

Le contrat n'est pas toujours une création instantanée par lequel un état créateur de droits succède au néant juridique; c'est souvent le terme de toute une période de formation qui, déjà dans une certaine mesure, sera créatrice d'obligations pour l'une et l'autre des parties, ce que M. Hauriou appellera « opérations à procédure » (DEMOGUE, *Traité des Obligations*, t. II, nos 463 et suivants).

Sans que le contrat auquel doit aboutir toute la phase préparatoire ait été conclu, les parties peuvent avoir déjà franchi le stade des déclarations de volonté unilatérales pour passer un accord contractuel.

Ces accords contractuels préparatoires à la conclusion d'un contrat postérieur sont des avant-contrats productifs d'obligations.

La clause d'exclusivité d'approvisionnement, ayant pour but de préparer des ventes à intervenir entre son bénéficiaire et le promettant, prépare donc la conclusion de contrats nombreux et importants.

Elle se classe donc parmi les avant-contrats, ce que décide à bon droit le tribunal de Tourcoing en y voyant cependant à tort un pacte de préférence ou une promesse unilatérale d'achat.

Comme tout autre contrat, l'avant-contrat devra, pour être validé, avoir un contenu suffisamment

déterminé, les clauses du contrat futur auquel il tend devront être assez exactement fixées pour que, lors de la demande de conclusion de ce dernier, il n'y ait pas de contestation, c'est-à-dire que, dès l'avant-contrat, il doit y avoir accord sur la chose qui fera l'objet de ce second contrat et sur le prix à payer. Il est nécessaire, en effet, que l'étendue des charges qui peuvent être imposées par le contrat définitif au promettant, soit judicieusement déterminable sur la base de l'avant-contrat.

C'est en vain que la jurisprudence invoque à l'appui de sa thèse l'article 1134 du Code civil qui déclare que « les conventions légalement formées peuvent servir de loi à ceux qui les ont faites ».

Certes, cette disposition est le principe fondamental des conventions, le corollaire du droit de propriété individuelle qui est la base de notre organisation sociale, et la consécration légale de l'autonomie de la volonté. Mais il y a des limites à l'exercice du droit contractuel et c'est ainsi que le législateur a notamment prescrit, sous peine de nullité, les éléments essentiels et indispensables pour la validité du contrat de vente. L'article 1134 parle du reste de conventions *légalement* formées, donc de conventions qui respectent certaines prescriptions imposées pour la validité des contrats. Or, nous verrons que la validité d'un contrat de vente ne peut être sanctionnée que s'il contient l'accord des parties sur la chose et le prix et qu'au cas où ces éléments n'existeraient pas le contrat est inexistant, les juges n'ayant pas la faculté d'y suppléer.

Sinon les abus les plus redoutables seraient à craindre et c'est ce qui a fait dire à J.-J. Rousseau : « Sitôt

que c'est la force qui fait le droit, l'effet change avec la cause; toute force qui surmonte la première succède à son droit... puisque le plus fort a toujours raison, il ne s'agit que de faire en sorte qu'on soit le plus fort. » (*Le contrat social*, livre I, chap. 3.)

SECTION II.

La clause d'exclusivité d'approvisionnement est une promesse unilatérale de vente

Comme nous venons de le voir, tout contrat se décompose en deux actes successifs, l'offre ou pollicitation et l'acceptation. Il y a nécessairement une des parties qui prend l'initiative des pourparlers et qui manifeste sa volonté la première, tandis que l'autre agréee la proposition qui lui est faite. C'est en cette uniformité des opinions, cet accord de volontés que consiste le contrat. En principe, l'offre n'est pas obligatoire par elle-même, elle peut être retirée à tout moment par son auteur, c'est seulement le jour où une acceptation vient se joindre à cette offre que les deux parties contractantes sont irrévocablement liées l'une à l'autre.

Cette analyse permet de distinguer deux situations très nettes : ou bien on est en présence d'une simple pollicitation qui n'a pas été acceptée, ou bien l'acceptation est intervenue et on est en présence d'un contrat. Dans le premier cas, aucun lien juridique n'existe entre les parties, aucune n'est obligée envers l'autre; c'est la phase des pourparlers. Dans le second cas, au

contraire, le lien juridique apparaît et, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, des obligations réciproques naissent à la charge de chacune des parties.

Mais entre ces deux extrêmes, il y a place pour une hypothèse intermédiaire, l'auteur de l'offre donne à son offre un caractère obligatoire, il s'engage à la maintenir vis-à-vis de l'autre partie, dans le cas où celle-ci voudrait ultérieurement en profiter, et l'autre partie prend acte de cet engagement, se réservant de l'utiliser ultérieurement.

Il n'y a d'obligation qu'à la charge de l'une des parties; la personne à laquelle l'offre est adressée s'est *contentée d'en prendre acte sans se lier elle-même*. Ce n'est pas non plus une simple pollicitation, une obligation existe à la charge de l'auteur de l'offre, c'est de maintenir son offre et de la transformer en contrat le jour où l'autre partie manifestera ce désir : il y a une promesse de contrat.

L'importance pratique de ces promesses est apparue surtout au cours du siècle dernier; elle est intimement liée au développement du commerce et de l'industrie et apparaît surtout pratiquement en matière de vente. C'est l'exemple de l'industriel qui désire fonder ou étendre une industrie et qui, pour couvrir tout risque, se fait consentir des promesses de ventes ou d'achats, soit pour l'installation et le développement de son exploitation, soit pour s'assurer le débouché des produits qu'il fabrique.

Les promesses de contrat employées dans ce but sont généralement le pacte de préférence ou les promesses unilatérales d'achat et de vente.

Lorsqu'un brasseur fait souscrire une clause d'exclusivité d'approvisionnement par un débitant, il cherche à s'assurer des débouchés pour l'écoulement des boissons qu'il fabrique, il veut en assurer la vente. Le but final envisagé lors de la signature de la convention est donc l'exécution d'une vente.

La clause d'exclusivité d'approvisionnement se situe donc parmi les promesses de contrat dont la réalisation fera naître une vente et ne peut être qu'un pacte de préférence ou une promesse unilatérale d'achat ou de vente.

*
* *

La clause d'exclusivité d'approvisionnement constitue-t-elle un pacte de préférence comme l'a prétendu le Tribunal de commerce de Tourcoing?

Un pacte de préférence est une convention par laquelle le propriétaire d'une chose s'engage vis-à-vis d'une personne pour le cas où il aliénerait cette chose, à la vendre à cette personne de préférence à telle autre. (LALOU, Les pactes de préférence, D. H. 1929, Chronique, p. 41.)

Au premier abord, il semble que le pacte de préférence soit vicié par une double condition potestative, ni l'acheteur, ni le vendeur n'ont contracté d'obligation ferme. En réalité, c'est, ce qui est très différent, un avant-contrat ordinaire sous condition potestative. Les engagements des deux parties sont affectés de conditions potestatives, mais successivement et non de façon simultanée. Sans doute, le vendeur s'est réservé le droit de vendre ou non à son gré, mais pendant la période où sa décision est encore en suspens, l'avant-contrat n'existe pas, son bénéficiaire n'a encore aucun droit actuel d'achat. C'est seule-

ment quand le vendeur aura conclu à un prix donné avec un tiers acheteur que sa décision étant désormais irrévocable, nulle condition potestative n'affectant plus l'avant-contrat, celui-ci produira des effets actuels. Il y aura alors un avant-contrat ordinaire; le vendeur est débiteur d'une obligation ferme, l'acheteur peut à son gré faire naître ou non le contrat.

Le prix auquel la chose pourra être achetée par le bénéficiaire du pacte de préférence, peut être stipulé dans ce pacte; il y aurait là une convention parfaitement valable; le bénéficiaire du pacte de préférence pourrait alors exercer son droit de préemption à ce prix, quel que soit du reste le prix stipulé par le contrat passé avec un tiers.

Mais ce n'est pas ainsi que sont rédigés en pratique les pactes de préférence. Le prix n'y figure pas, il sera égal à la somme offerte par le tiers acheteur.

La clause d'exclusivité d'approvisionnement renferme un engagement pris par le cafetier de se fournir chez un brasseur déterminé de certaines boissons lorsqu'il en aura besoin et, dans la mesure de ses besoins, autrement dit, le cafetier s'oblige, pour le cas où il voudrait acheter, à donner la préférence au bénéficiaire de la clause.

Or, nous avons vu que le fonctionnement du pacte de préférence dépend de la triple volonté du bénéficiaire, du promettant et d'un tiers, et que, ce que le bénéficiaire doit payer, c'est le prix offert par le tiers.

Ce facteur essentiel de concurrence que comporte le pacte de préférence est incompatible avec le but de non-concurrence de la clause d'exclusivité d'approvisionnement, imposée par les brasseurs qui n'ont jamais entendu être liés par l'offre d'un tiers, mais

demeurer libres de fixer à leur gré le prix des ventes à intervenir et enfermer les cafetiers dans ce dilemme : où vous accepterez mes conditions, où vous n'achèterez à personne. Cette exigence révèle bien sous une forme nouvelle cette féodalité renaissante dans le plan économique et financier dont nous avons parlé dans l'introduction.

* * *

La clause d'exclusivité d'approvisionnement ne constitue pas davantage une promesse unilatérale d'achat.

La promesse unilatérale d'achat est un avant-contrat d'où émane une offre d'achat obligatoire pour l'offrant, qui se transformera en contrat de vente par la simple acceptation du vendeur.

Le promettant est lié par sa promesse, tandis que la partie qui en bénéficie est libre de vendre ou de ne pas vendre.

Mais dès le moment où son engagement a été contracté, l'acheteur est obligé purement et simplement; aucun droit de dédit ne résulte pour lui de ce que le vendeur peut ne pas ratifier le contrat conclu.

L'offre d'acheter constitue un contrat unilatéral suivant la définition de l'article 1103 du Code civil, qui, quand il réunit les quatre conditions de l'article 1108, oblige celui qui l'a contracté, dans les limites qu'il s'est assignées dans son engagement, c'est ce que décide la Cour de cassation, « une promesse d'achat, dont il a été régulièrement pris acte, oblige celui qui l'a faite, alors même que la partie envers laquelle il est contracté, ne s'est point obligée à vendre et que la réalisation du contrat est subordonnée à sa volonté,

l'auteur de la promesse est lié par elle et ne peut la révoquer. (Cass. 25 nov. 1896, D. 97, 1-34.)

Les clauses d'exclusivité d'approvisionnement imposées par les brasseurs prévoient bien une possibilité d'achat à la charge du débitant, mais elles n'impliquent aucun engagement ferme d'acheter (Note de M. VOIRIN, sous arrêt Cass. req., 17 févr. 1931, *D. P.* 1931, 1-41). « Sans doute, l'exploitation de son commerce le mettra dans la nécessité pratique de passer des commandes au brasseur bénéficiaire de la clause, mais il n'a contracté aucune obligation juridique qui l'y astreigne. Il ne tient qu'à lui d'abandonner son commerce sans qu'on puisse, de ce fait, lui reprocher un dol dans l'exécution de l'obligation, puisque l'obligation fait défaut. Si même la clause l'obligeait à une exclusivité d'approvisionnement pendant toute la durée de son commerce et au moins pendant x années, ainsi que la pratique en fournit des exemples, nous ne reconnaitrions pas davantage l'existence d'une promesse unilatérale d'achat, à raison de l'indétermination de l'importance des achats envisagés : le brasseur, en effet, ne pourrait pas par une simple manifestation de volonté, utiliser la promesse et réaliser la vente, comme pourrait le faire le bénéficiaire d'une véritable promesse unilatérale d'achat. Nous nous demandons même (en l'absence de clause pénale fixée par les parties) dans quelle mesure pourrait être sanctionnée la promesse d'exclusivité d'approvisionnement à durée minima, lorsque la cessation du commerce vient à se produire par le fait du cafetier avant l'arrivée du terme fixé. En tout cas, ce serait une erreur de tabler, pour calculer l'indemnité, sur les commandes des années précédentes, car le cafetier

conservant la direction de son exploitation commerciale, aurait été juridiquement libre de la développer ou de la restreindre; tout au plus, s'est-il interdit de l'abandonner avant le minimum de temps convenu; en outre, son chiffre d'affaires aurait dépendu de facteurs étrangers à sa volonté, d'ordres météorologiques et autres, dont le bénéficiaire de la clause eût été normalement appelé, par contre-coup, à supporter le risque ou à recueillir le profit..... »

*
* *

A notre avis, la clause d'exclusivité d'approvisionnement constitue une promesse unilatérale de vente.

La promesse de vente est, en effet, un contrat par lequel une personne s'engage à vendre à l'autre partie une chose sans que celle-ci consente immédiatement à l'acheter. Il n'y a pas encore de vente, puisqu'il n'y pas encore d'acheteur. Il y a une obligation unique, contractée par le promettant qui, seul, s'est obligé en promettant de vendre.

Cette promesse n'est pas une simple sollicitation, capable d'être retirée à volonté par celui qui l'a faite. Elle constitue un engagement définitif, qui a sa nature et ses effets propres et qui s'appelle « promesse de vente ». Ce n'est pas encore une vente, mais la vente sera parfaite par l'adhésion de l'acheteur si cela lui plaît.

La promesse unilatérale de vente, dont l'emploi est très fréquent, peut se présenter soit comme contrat principal, soit comme contrat accessoire.

Comme contrat principal, son utilité apparaît restreinte, parce qu'elle ne présente d'avantages que pour

l'acheteur éventuel. Celui-ci peut conclure la vente au prix fixé dans la promesse, mais rien ne l'empêche d'entamer de nouveaux pourparlers, s'il espère obtenir des conditions plus avantageuses, puisque l'avant-contrat ne lui impose aucune obligation.

La promesse unilatérale de vente est plus fréquemment employée comme contrat accessoire. L'avantage assuré au bénéficiaire de l'avant-contrat sera alors la contre-partie des bénéfices retirés de l'ensemble de la convention par le promettant. Ainsi, un propriétaire consentira volontiers pour s'assurer un bail de longue durée, à signer une promesse de vente à l'expiration du bail. De même, nous disons dès maintenant que le brasseur signera volontiers une promesse de vente des boissons qu'il fabrique au profit d'un débitant pour s'assurer un client. Le caractère accessoire de la promesse de vente aura alors pour conséquence de la rendre caduque au cas où le contrat principal viendrait à être annulé.

Dans la clause d'exclusivité d'approvisionnement, les rapports du stipulant et du promettant s'analysent en un engagement implicite du promettant de vendre les marchandises quand le promettant viendra s'approvisionner chez lui. Nous avons démontré, en effet, que l'on ne pouvait y voir une promesse d'achat de la part du promettant; puisqu'il lui est loisible de cesser la branche de son commerce ou de son activité relative aux marchandises visées dans la clause, pour que l'effet du contrat disparaisse; et que ce n'est pas non plus un pacte de préférence puisque le pacte de préférence impliquerait pour le promettant le droit de rechercher des concurrents et n'entraînerait pour lui que l'obligation de préférer le stipulant, or,

dans la clause d'approvisionnement, le promettant a perdu définitivement le droit de s'adresser à des tiers.

Pour déterminer les effets de la clause, il faut donc bien y voir un engagement de vendre, une promesse unilatérale de vente de la part du stipulant.

Dans une note publiée au *D. P.* 1931, 1-41, M. VORRIN établit d'une façon saisissante que cette clause doit être considérée comme une promesse unilatérale de vente.

« Au fond des choses, dit-il, la clause d'exclusivité d'approvisionnement se classe parmi les avant-contracts à raison de la promesse unilatérale de vente qu'elle implique nécessairement de la part du brasseur et qui se trouve dans une corrélation étroite à l'égard de la promesse de non-concurrence souscrite par le cafetier. Si le brasseur a exigé de celui-ci qu'il se fournisse exclusivement chez lui, ne lui a-t-il pas donné par là même l'assurance de lui vendre, lorsqu'il en sera requis, les boissons nécessaires à l'exploitation de son fonds de commerce? Cette promesse du brasseur, bien qu'implicite, est le support nécessaire de la promesse de non-concurrence du cafetier, seule expressément formulée : celle-ci suppose celle-là. C'est l'évidence même. La réalité de la promesse de vente s'impose avec une force particulière lorsque la clause d'exclusivité d'approvisionnement est prévue pour une durée *minima* déterminée; pendant cette période le cafetier est, en effet, obligé d'exploiter son fonds; or, il serait contradictoire d'admettre que le brasseur, en lui interdisant de se fournir ailleurs que chez lui, ne lui ait pas en même temps consenti une promesse de vente. La promesse de vente dont s'agit est le cadre unique dans lequel se concluront les ventes

échelonnées à intervenir, de même qu'une convention collective de travail est, par rapport aux contrats individuels de travail, un cadre général; mais là s'arrête l'analogie car dans notre hypothèse seulement le promettant assume une obligation de contracter dont on chercherait en vain l'équivalent dans les conventions collectives de travail, qui ne sont donc pas, à proprement parler, des avant-contrats et qui, au surplus, ne se forment pas entre les mêmes parties que les contrats individuels appelés à s'y encadrer. Or, c'est sur la validité de cette promesse unilatérale de vente, bien plus que sur celle de la promesse corrélatrice de non-concurrence, que doit, à notre avis, se concentrer le débat. »

* * *

Pour répondre à cette argumentation, le tribunal de commerce de Tourcoing, dans son jugement sus-énoncé (1), a estimé que les arguments soutenus pour démontrer qu'il n'y a pas promesse unilatérale d'achat peuvent être soutenus *a contrario* pour démontrer qu'il n'y a pas de promesse de vente, et que la clause n'implique aucun engagement ferme de vendre, puisque le brasseur peut se refuser à vendre en renonçant à se prévaloir de cette clause.

Nous avons établi (2) que la clause d'exclusivité d'approvisionnement ne saurait constituer en aucune façon une promesse d'achat, parce que le débiteur, qui serait l'offrant reste toujours libre de ne pas

(1) Voir page 36.

(2) Voir pages 46 et s.

acheter, en ne débitant plus les boissons visées dans la clause, et que, d'autre part, elle ne constitue pas davantage un pacte de préférence dont le principe est incompatible avec le but de non-concurrence de la clause.

Mais alors, peut-on dire avec le Tribunal de commerce de Tourcoing que le brasseur est libre de ne pas vendre en renonçant à se prévaloir de la clause, et qu'en conséquence elle ne saurait être considérée comme une promesse de vente?

A notre avis, le but économique poursuivi par le brasseur, qui fait souscrire une clause d'exclusivité d'approvisionnement condamne cette théorie.

En effet, le but final envisagé par le brasseur consiste à vendre les bières qu'il fabrique, et c'est ainsi que pour s'assurer des débouchés, il se trouve amené à consentir des promesses de ventes sous une forme un peu spéciale, parce qu'il cherche à contracter, tout en voulant garder sa liberté.

Pour atteindre ce but, le brasseur fait prendre au cafetier l'engagement d'acheter exclusivement chez lui, toutes les boissons qui lui seront nécessaires pour l'exploitation de son fonds de commerce. C'est là, ainsi que nous l'avons vu, la portée négative de la clause.

Mais l'élément de non-concurrence que révèle ouvertement le libellé de la clause n'est qu'un moyen par rapport au but essentiel qu'elle poursuit, à savoir : l'intensification des ventes de bière du brasseur au profit duquel la clause est souscrite.

Or, cette analyse de la clause dans le plan économique implique l'existence d'une promesse de vente. Si, en effet, le brasseur ne promettait pas de vendre au

cafetier toutes les boissons qui lui seront nécessaires, si, par conséquent, il demeurerait libre de refuser les commandes que lui passe le cafetier, celui-ci se trouverait dans l'alternative de fermer son débit, ou de contrevenir à la promesse de non-concurrence.

Or, l'un et l'autre termes de cette alternative sont également inadmissibles. Le second est inconciliable avec l'article 1134-§ 1; quant au premier, il trahit la « commune intention des parties » : les parties ont organisé une clause de non-concurrence essentiellement *relative*, qu'il n'appartient pas à l'une d'elles de transformer à son gré en une prohibition *absolue*.

Certes, comme le dit le Tribunal de Tourcoing, le brasseur peut, en rendant la liberté au cafetier, acquérir lui-même la liberté de rejeter ses commandes.

Mais, d'abord, cette affirmation n'est-elle pas spécieuse? Le cafetier ne pourrait-il refuser cette liberté qu'on lui offre et exiger l'exécution du contrat qui, comme tout contrat, suppose pour sa rupture un *mutuus dissensus*.

Même en admettant les prémisses du raisonnement du Tribunal de Tourcoing, n'est-il pas possible d'en contester les conclusions? En effet, la promesse de vente incluse dans la clause d'exclusivité d'approvisionnement est l'accessoire, nécessaire il est vrai, de la main mise du brasseur sur le cafetier : celle-ci disparaissant, celle-là tombe par voie de conséquence. Mais il ne s'ensuit pas que l'engagement du brasseur n'ait pas existé : il existe tant que le brasseur n'a pas libéré le cafetier (1). Promesse de vente et promesse

(1) Et on comprend que le brasseur puisse unilatéralement délier le cafetier de ses engagements, car la clause est stipulée dans l'intérêt

de non-concurrence sont liées dans leur existence comme dans leur durée.

Tel est le mécanisme juridique de la clause d'exclusivité d'approvisionnement; il est d'ailleurs adéquat à sa fonction économique de la clause.

SECTION III.

La clause d'approvisionnement doit contenir les éléments essentiels exigés par la loi pour la validité des promesses de vente

Nous avons vu que, pour être valable, l'avant-contrat doit avoir un contenu suffisamment déterminé et que les clauses du futur contrat auquel il tend, doivent être assez exactement fixées pour que, lors de la demande de conclusion de ce dernier, il n'y ait pas de contestation, c'est-à-dire que, dès l'avant-contrat, il doit y avoir accord sur la chose qui fera l'objet de ce second contrat et sur le prix à payer.

Une promesse de vente qui prépare une vente doit donc contenir l'accord des parties sur la chose et sur le prix.

Il est incontestable que la marchandise est suffisamment déterminée par son genre, et il est sans impor-

exclusif du brasseur; l'engagement qu'elle implique à la charge de celui-ci est *accessoire* à l'assujettissement qu'elle fait peser sur le cafetier. Le Tribunal de commerce de Tourcoing raisonne juste dans les prémisses qu'il pose; il est en défaut dans les conséquences qu'il en déduit.

tance que la quantité ne soit pas fixée à l'avance, puisque le prix est établi par unité; l'indétermination de l'importance des commandes ne fait donc pas obstacle à la validité de la promesse de vente.

Par contre, cette promesse ne contient pas la détermination du prix des marchandises vendues, ou, en tout cas, elle laisse cette détermination à la volonté du stipulant.

Nous avons signalé dans l'introduction que les brasseurs ont tout d'abord imposé une convention complètement muette sur la question de savoir à quel prix auraient lieu les ventes à venir qu'elle prévoyait.

En considération de ce prêt, M..... tant qu'il sera propriétaire du fonds de commerce et tant qu'il sera locataire du local dans lequel s'exploite ledit fonds, et à titre de reconnaissance, s'oblige à prendre à M..... ou à ses successeurs, tous les vins, spiritueux, bières, dont il aura besoin, tant pour son commerce que pour sa consommation personnelle.

Dans ce cas, la jurisprudence contrairement aux prescriptions impératives contenues en l'article 1591 du Code civil, reconnaît formellement au brasseur le droit d'arbitrer le prix qu'il lui plaira.

JUGEMENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE NANCY
DU 6 MAI 1912 (1).

Attendu que, suivant acte sous seings privés, en date du 8 septembre 1908, enregistré le 1^{er} octobre, volume 363,

(1) Jugement non publié.

folio 18, n° 115, la Société des Grandes Brasseries de..... a prêté aux époux..... une somme de 12.500 francs ;

Que par acte sous seings privés du 30 janvier 1909, enregistré le 11 février suivant, volume 205, folio 30, n° 169, ladite Société a consenti aux époux..... un nouveau prêt de 7.500 francs ;

Que ces prêts ont été faits aux conditions suivantes :

1° Que les époux..... s'engageraient à se fournir exclusivement des bières aux Brasseries..... pendant la durée du bail à eux consenti pendant une période de dix-huit ans prenant fin en mars 1926 ;

2° Que le fonds de commerce des époux..... ne pouvait être vendu sans préavis signifié aux Brasseries de..... ;

3° Que le remboursement des sommes prêtées devait s'effectuer par une majoration de dix francs par hecto de bière vendu ;

4° Qu'en cas de vente de leur fonds, les époux..... devaient imposer à leur acquéreur l'obligation de se fournir exclusivement de bières aux Brasseries de..... ;

5° Qu'enfin si les époux..... manquaient à leurs engagements de prendre leurs bières exclusivement aux Brasseries de....., les sommes prêtées et les intérêts deviendraient immédiatement exigibles sans préjudice de tous dommages-intérêts ;

Attendu que la Société des Grandes Brasseries de..... a assigné les époux..... en raison de la somme de 22.742^f 85 et en 45.000 francs de dommages-intérêts ;

Qu'elle fonde sa demande sur ce que les époux....., au mépris de leurs engagements, ont cessé de se fournir aux Grandes Brasseries de..... ;

Qu'ils ont, en outre, signé un compromis pour la vente de leur fonds ;

Qu'ils ont ainsi disposé de leur fonds pour empêcher

les Brasseries de..... de faire insérer dans l'acte de vente, l'obligation de se fournir exclusivement de bières aux-dites Brasseries ;

Attendu que les époux....., pour se soustraire à l'action qui leur est intentée, prétendent que la demande de la Société des Brasseries de....., est basée sur des contrats nuls en droit, et qui ne peuvent pas être pris en considération ;

Qu'ils invoquent à l'appui de leurs dires, les dispositions de l'article 1591 du Code civil, d'après lesquelles les prix de vente doivent être déterminés ou déterminables au moyen d'une clause du contrat ;

Qu'ils soutiennent que les contrats litigieux sont muets sur le prix et que rien ne permet de le déterminer ;

Attendu, s'il est vrai que la Société des Brasseries de..... l'a fixé arbitrairement à 28 francs l'hecto pour les bières de conserves, et à 32 francs l'hecto pour les bières de garde, ces prix ne sauraient être considérés comme invariables, la valeur de la bière étant susceptible de variation, par suite de l'augmentation ou de la diminution du prix des matières premières et de la main-d'œuvre ;

Qu'ils en concluent que le prix fait aux époux..... est variable, qu'il est incertain, ce qui a pour conséquence d'entraîner la nullité de la vente ;

Qu'enfin, sous le mérite de l'offre de payer la somme réclamée de 22.742 francs, les époux..... concluent au débouté de la demanderesse, et subsidiairement demandent que le tribunal, s'il admet la validité des contrats n'accorde qu'une somme de 500 francs à titre de dommages-intérêts ;

Attendu que les prétentions des époux..... ne sauraient être admises ;

Attendu, en effet, que les contrats du 9 septembre 1908 et 30 janvier 1909 créent des obligations de la part de chacune des parties ;

Que ces obligations consistant uniquement pour la Société des Brasseries de..... à fournir des bières, et pour les époux..... à prendre leurs bières chez elles ;

Que la vente ne se formera que lors des fournitures ;

Que c'est à ce moment qu'il y aura lieu à fixation du prix et à transfert de la propriété de la chose vendue ;

Que c'est ce qui explique que durant trois années, les époux..... ont accepté de payer au prix de 28 francs les bières de conserve et au prix de 32 francs les bières de garde ;

Qu'ils savaient que ces prix représentaient la valeur actuelle des bières, et que c'étaient ceux demandés par les Brasseries de..... à la généralité de leurs clients ;

Qu'on ne saurait voir dans les contrats des 9 septembre et 30 janvier, une vente résultant de promesses synallagmatiques de vente ou d'achat ;

Que pour que les promesses réciproques de vendre et d'acheter soient assimilées à une vente, il faut, d'après l'article 1589 du Code civil, que les parties soient d'accord sur la chose en nature et qualité et non le prix ;

Que tel n'est pas le cas des contrats des 9 septembre et 30 janvier ne portant aucune indication de qualité et de prix ;

Que la validité desdits contrats ne peut donc être contestée, et qu'ils doivent ressortir leur plein et entier effet.

.
.

Il nous semble que les motifs de ce jugement ne s'accordent pas très bien avec son dispositif, et qu'en

réalité il est un excellent plaidoyer en faveur de la nullité de la clause d'exclusivité d'approvisionnement qu'il sanctionne cependant par un raisonnement que nous ne pouvons nous expliquer.

En effet, si, ainsi que le dit ce jugement, les obligations souscrites se traduisent d'une part par l'obligation par les Brasseries de fournir des bières, et, d'autre part, par le débitant d'acheter les bières qui lui sont nécessaires pour son commerce auprès de cette Brasserie, nous ne sommes plus alors en présence d'une promesse de vente, mais de vente parfaite affectée d'un terme. La promesse synallagmatique de vente vaut vente (art. 1589). Mais le contrat ne peut avoir une existence juridique qu'autant que tous les éléments nécessaires à sa validité seront réunis. Le prix n'étant pas prévu la convention est nulle.

D'autre part, il n'y a aucune raison pour autoriser la Brasserie plutôt que le débitant à fixer le prix. Enfin, nous démontrons plus loin que les juges ne peuvent en aucun cas, fixer eux-mêmes le prix lorsqu'il n'a pas été arrêté par les parties contractantes ou qu'elles n'ont pas prévu la façon qui devra être suivie pour l'établir.

La Cour de Nancy, appelée à connaître d'une affaire analogue, sans toutefois reprendre les motifs du jugement ci-dessus, a confirmé ce principe, qui permet au brasseur d'imposer le prix de son bon plaisir (arrêt du 25 mars 1930) (1).

Attendu, dit la Cour, que les prix pratiqués par..... étaient normaux, que les époux..... ne les ont jamais

(1) Arrêt non publié.

démentis pendant qu'ils se fournissaient chez..... et n'ont songé à critiquer leur exagération qu'au cours du procès ;

.

Par la suite, et malgré la jurisprudence qui leur était favorable, les brasseurs ont inséré dans leurs clauses d'exclusivité d'approvisionnement une phrase au sujet du prix et dans laquelle il est dit simplement : « Que le prix pratiqué serait celui imposé aux débitants de même importance sur la même place. » D'autres clauses se contentent de dire « que les prix seront fixés ultérieurement ».

La jurisprudence a sanctionné avec encore plus de force les clauses ainsi libellées et a même déclaré :

Que le prix est suffisamment désigné par la mention que les prix seront fixés ultérieurement (sous entendu par le brasseur), qu'en effet, cette mention doit être interprétée en ce sens que le prix sera celui du cours du jour, tant qu'un autre n'aura pas été convenu. (Arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 28 octobre 1924) (1).

Voyons maintenant si ces différentes décisions sont conciliables avec les prescriptions édictées par l'article 1591 du Code civil :

Article 1591 : « *Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.* »

Article 1583 : « *Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose*

(1) Arrêt non publié.

et du prix, quoique la chose n'ait pas été encore livrée, ni le prix payé.

Le prix est déterminé quand il a été fixé *ne varietur* par les parties au moment de la conclusion du marché.

Il importe peu du reste que le montant même du prix soit exprimé dans le marché, il suffit qu'il puisse être déterminé d'après les clauses du contrat, par voie de relation avec un fait ne dépendant de la volonté ni de l'une ni de l'autre des parties. (Cass. 7 janv. 1925, *G. P.*, 1925, 1-536).

De sorte que les clauses d'exclusivité d'approvisionnement qui ne contiennent aucune indication de prix sont radicalement nulles.

Il résulte ainsi du principe posé par l'article 1591 que le marché est nul lorsque les parties n'étant pas d'accord sur le prix, la fixation en a été laissée à l'arbitraire de l'un des contractants (Pau, 9 juillet 1888, *D. P.*, 89, 2-62).

D'autre part, si les parties n'ont pas fixé le prix dans le marché ou s'il y a désaccord entre elles sur le prix; il n'appartient pas au juge d'ajouter aux conventions ou de les modifier, ni en conséquence de se substituer aux parties pour fixer lui-même le prix d'après le cours commercial (Cass. 24 janv. 1922, *G. P.*, 1922, 1-387; Cass. 9 mai 1898, *D.*, 99, 1-44).

De même n'est pas valable une vente dans laquelle il est seulement indiqué que la marchandise sera facturée au cours du prix courant du vendeur applicable au moment de la délivrance (Trib. comm. Le Havre, 12 janv. 1927, *Rec. Le Havre*, 1927, 1-39).

..... *Attendu*, dit le Tribunal de commerce du Havre, *que le marché contesté, s'il comporte livraison*

et paiement au Havre, ne porte par contre, aucune indication de prix ; que M....., en se réservant de facturer au cours de son tarif ne pouvait considérer la vente définitive, laquelle, aux termes de l'article 1583 du Code civil, n'est parfaite que lorsque les parties ont convenu de la chose et du prix, que l'article 1591 précise en outre, que le prix doit être déterminé et indiqué par les parties et qu'il ne saurait être laissé à la fixation arbitraire de l'un des contractants ;

Attendu que la dame..... n'ayant pas accepté le prix que M..... a voulu fixer une première fois à 2.300 francs et ensuite à 2.280 francs, démontre que l'accord des parties ne s'est pas réalisé sur cet élément indispensable, que, dès lors, la contestation de la dame..... sur la validité du marché est sérieuse ;

.
.. . . .

* * *

Nous avons vu que les premières clauses d'exclusivité d'approvisionnement, dont les Tribunaux ont eu à connaître, étaient complètement muettes sur le prix, qui serait appliqué aux ventes à intervenir.

La Cour de Nancy n'en a pas moins sanctionné la validité, en décidant dans ce cas que le prix serait celui du cours du jour.

Cette solution nous paraît critiquable. Elle est, en effet, contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui décide qu'il n'appartient pas au juge de se substituer aux parties pour fixer lui-même le prix, d'après le cours commercial (1). D'autre part, nous

(1) Voir page 61.

pouvons affirmer qu'il n'existe pas de cours officiel des bières. De sorte que le juge qui se substitue aux parties pour fixer le prix, n'a aucun élément qui lui permette de le fixer avec certitude d'une façon équitable.

Le Tribunal de commerce de Tourcoing, dans son jugement précité, déclare que les Tribunaux peuvent réfréner les exigences excessives du brasseur, en vertu de la *théorie de l'abus du droit*.

Attendu, en effet, que si un tel engagement validé dans son principe par la jurisprudence des Cours d'appel et de la Cour de cassation, peut théoriquement permettre au bénéficiaire de fixer le prix qu'il lui plait, les Tribunaux, en vertu de la clause même et de la théorie de l'abus du droit, peuvent faire une juste interprétation de cette clause et freiner les abus qui peuvent se produire en exigeant que les prix fixés correspondent à ceux de la concurrence à qualité égale.

La théorie de l'abus du droit peut-elle recevoir son application en l'espèce? Nous ne le pensons pas.

« L'abus du droit, c'est l'exercice d'un droit dans le but de nuire. »

Or, en l'espèce, il ne s'agit pas de savoir si le brasseur abuse d'un droit, il s'agit de savoir si ce droit existe. L'abus du droit dans l'exécution d'un contrat, suppose nécessairement que le contrat est valable; sinon, aucune des parties n'aurait un droit à en demander l'exécution. Nous avons vu que la clause d'exclusivité d'approvisionnement constitue une promesse de vente et qu'en conséquence, pour être valable, elle doit contenir l'accord des parties sur le prix; à défaut de cet élément essentiel, la clause est donc nulle et n'engendre aucun droit.

De sorte que, lorsque devant le silence de la clause, le brasseur fixe un prix, il n'exerce pas un droit, il s'arroge tout simplement des prérogatives auxquelles il n'a pas droit; et dès l'instant qu'il n'exerce pas un droit il ne nous paraît pas possible de faire intervenir la théorie de l'abus du droit pour freiner les abus qu'il pourrait commettre dans l'exercice d'un droit qui n'existe pas.

Enfin, d'après la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, l'abus du droit ne résulte pas de l'usage même excessif de ce droit, *mais du fait de l'exercer par esprit de malice et de chicane; de mauvaise foi et dans le but de nuire.*

Aussi nous estimons que même si le brasseur exerce un droit en fixant le prix de ses bières à un taux trop élevé, il n'agit dans ce cas, ni par esprit de malice et de chicane, ni par mauvaise foi et dans le but de nuire, tout au plus pourrait-on prétendre, à tort du reste, qu'il a déterminé cette fixation du prix dans un but égoïste, inspiré d'un esprit de lucre assez compréhensible.

Pour cette autre raison, nous estimons que la théorie de l'abus du droit ne peut recevoir son application en l'espèce.

Mais actuellement, les brasseurs semblent prévoir un mode de fixation de prix et stipulent dans leurs conventions que « les bières fournies seront de bonnes qualité et facturées au prix du cours pratiqué par ladite brasserie sur la place de..... aux clients de même importance, *demê me catégorie pour les bières de même qualité.....* »

Ce mode de fixation de prix est-il suffisant?

Nous avons vu que pour répondre aux prescriptions

de l'article 1591 du Code civil, le prix ne doit pas être laissé à l'arbitraire de l'une des parties.

Or, pratiquement, les prix imposés par les brasseurs sont très variables. Le même brasseur ne pratique pas les mêmes prix à Strasbourg qu'à Nancy, et dans la même ville, certains débitants jouissent de prix de faveur.

En réalité, les brasseurs fixent un prix spécial pour les clients qui ne sont pas libres de brasserie et qui sont en quelque sorte leurs assujettis. Pour eux, qui ne peuvent discuter à armes égales, le prix n'est pas déterminé selon les exigences de la concurrence, il leur est imposé arbitrairement sans qu'il leur soit permis de mettre en parallèle les prix pratiqués par la concurrence. C'est du reste pourquoi, il est bien précisé dans la clause, *que le prix sera celui pratiqué aux clients de même importance* (celle des assujettis).

Ce deuxième mode de fixation de prix ne supprimant pas l'arbitraire du brasseur, la nullité de la clause s'impose également dans ce cas, conformément à l'article 1591 du Code civil.

Mais ne serait-il pas possible d'envisager un mode de fixation de prix qui lui rendrait toute sa valeur juridique, c'est-à-dire, un mode de fixation de prix qui supprimerait l'arbitraire du brasseur?

Plusieurs solutions peuvent être envisagées à cet effet.

Les brasseurs pourraient arrêter et publier un cours officiel de la bière. Ce procédé peut certainement être aussi bien employé pour la bière qu'il l'est pour beaucoup d'autres denrées (farine, etc...).

Cette méthode de fixation ne dépendrait plus de l'arbitraire du brasseur, puisque le prix serait le résul-

tat d'un accord arrêté entre les brasseurs qui forcément tiendraient compte pour le déterminer de la concurrence.

Au cas où il ne serait pas possible de recourir à ces procédés, il suffirait, à notre avis, qu'un même brasseur renonce à maintenir la catégorie des assujettis, et déclare appliquer le même prix à tous ses clients d'une même ville. Il est bien certains que, dans ce cas, le prix ne pourrait être arrêté, que compte tenu des exigences de la concurrence, ce qui aurait pour conséquence inévitable de supprimer l'arbitraire du brasseur, puisque le débitant pourrait alors discuter à armes égales; il s'établirait de la sorte un cours officiel qui serait déterminé par la concurrence.

(Note de M. VOIRIN, *Recueil des cours de l'Est*, 1933, n° 4, p. 115.)

Enfin, les parties pourraient arrêter, dans la clause d'exclusivité d'approvisionnement, un prix ferme, en stipulant qu'il serait revisable selon l'indice officiel du coût de la vie.

Les solutions ne manquent donc pas et leur mise en pratique ne paraît pas devoir soulever de bien grosses difficultés.

Nancy, le 29 novembre 1933.

Vu :

Le Président de la thèse,

Pierre VOIRIN.

Nancy, le 30 novembre 1933.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit,

SENN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER.

Nancy, le 31 décembre 1933.

Le Recteur,

Président du Conseil de l'Université,

BRUNTZ.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1

CHAPITRE I

Conditions de validité relatives à la portée négative de la
clause d'exclusivité d'approvisionnement 19

CHAPITRE II

Conditions de validité relatives à la portée positive (ou active) de la clause d'exclusivité d'approvisionnement.

SECTION	I. — La clause se situe parmi les avant-con- trats	30
—	II. — La clause est une promesse unilatérale de vente.	42
—	III. — La clause doit contenir les éléments essen- tiels exigés par la loi pour la validité des promesses de vente	54

IMPRIMERIE BERGER-LEVRAULT, NANCY-PARIS-STRASBOURG — 1938
